Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

Fünfzehnter Band. Zweites Heft.

VIII.

Beitrag zur Lehre über die Remiſſion des Proceſſes an die vorige Inſtanz.

Von Linde.

§. 1.

Einleitung.

Es gibt eine Reihe ſtreitiger Rechtsfragen im gemeinen deutſchen Rechte, deren taugliche Entſcheidung oft eben ſo ſehr von einer richtigen Interpretation der Geſetze, welche ſich darüber verbreiten, als davon abhängt, daß man die durch eine richtige Erklärung der poſitiven Geſetze gewonnenen Reſultate, mit anderen durch neuere Geſetze, Doctrin oder gute Praxis genauer ausgebildeten, und mit jenen zweifelhaften Punkten innig zuſammenhängenden Inſtituten, vergleicht, um dadurch zu einer Anſicht zu gelangen, die dem jedesmaligen ganzen praktiſchen Rechtsſyſteme genau anpaßt. Die Doctrin, welche in gewiſſen Schranken das Recht fortbilden ſoll, muß ſich, neben der wiſſenſchaftlichen Erörterung des Inhalts des poſitiven Rechts, nothwendig auch jene Aufgabe ſtellen. Die Bearbeitung von Streitfragen der angegebenen Art aber ſcheint vorzüglich dann Bedürfniß zu ſeyn, wenn von höchſten Gerichtshöfen, oder deren Mitgliedern, welche nur ihre

Entſcheidungen ſelbſt als Geſetze unter den Partheien betrachten, und davon ausgehen, daß nur durch ſie undeutliche Geſetze ihre Auslegung, beſtrittene Rechtsſätze Feſtigkeit erlangen, und daß ihre Ausſprüche in dieſer Eigenſchaft allgemeine Rechtsquelle, mit Geſetzeskraft ausdrücklich begabt ſeyn, eine Auslegung verſucht wird, die aus doctrinellen und geſetzlichen Gründen beſtritten werden kann; zumal, wenn man nicht auch die Behauptung unterſchreiben möchte, daß Untergerichte und Mittelgerichte im Verhältniſſe der oberſten Dikaſterien nur als unmaaßgebliche Begutachtungen betrachtet werden können, da ja der Grund, daß deren Urtheile nur durch Anerkennung und Beruhigung der Partheien, oder durch oberrichterliche Beſtätigung Gültigkeit erlangen, offenbar nicht unbedingt wahr iſt, wie ſich ſchon aus der Lehre von der Appellationsbeſchränkung zur Genüge ergibt.

Der Verfaſſer dieſes Aufſatzes wurde durch das Leſen der erſten und letzten Abhandlung in den Controverſen-Entſcheidungen des Oberappellationsgerichts zu Wolfenbüttel [1]) zu dieſer Betrachtung veranlaßt, und weil er deren Grundſätzen nicht unbedingt beitreten kann, hielt er es für zweckmäßig, zunächſt die Lehre von der Remiſſion der Proceſſe einer Prüfung nach den angedeuteten Beziehungen zu unterwerfen.

§. 2.

Begriff der Remiſſion der Sache.

Die Remiſſion der Akten, oder des Proceſſes, oder die Zurückweiſung der Sache an den vorigen Richter, beſteht darin, daß ein Oberrichter eine an ihn gebrachte Sache wieder an die vorigen Richter zurückweiſ't; und dieſe Zurückweiſung kann geſchehen

1) entweder, damit der Unterrichter eine rechtskräftige Sentenz vollziehe;

---

1) Waldeck Controverſen-Entſcheidungen des gemeinſchaftl. O. A. G. zu Wolfenbüttel. Braunſchw. 1827. S. 1—8. S. 304. f.

2) oder damit er die, in der Sache noch nothwendige, weitere Instruction vornehme und leite; oder auch

3) damit er in der Sache eine Entscheidung erfolgen lasse.

Nach der Verschiedenheit des Zweckes kann die Remission der Akten von der Willkühr des Oberrichters abhängen; aber auch Remission durchaus nothwendig, oder unzulässig seyn. Gerade darin, daß die Willkühr des Oberrichters bei dieser Handlung nicht so unbeschränkt ist, wie sie häufig behauptet und in dem Geschäftsleben ausgeführt wird, liegt das praktische Interesse an einer gründlichen Bearbeitung dieser Lehre, deren sie sich bis jetzt noch nicht zu erfreuen hatte, die meistens nur beiläufig und dürftig abgehandelt wurde, und die hier nur insoweit dargestellt werden soll, als der Verfasser versuchen will, die Gesichtspunkte, worauf dabei Rücksicht zu nehmen ist, anzudeuten, seine Ansicht kurz auszusprechen, und das Nachdenken anderer gründlicherer Processualisten dafür zu gewinnen.

Der Verfasser wird versuchen

a) den Inhalt der gemeinrechtlichen positiven Gesetze über dieses Institut zu entwickeln;

b) die dogmatische Darstellung der Proceßlehrer daran zu reihen;

c) seine Ansichten mitzutheilen, und endlich

d) das Produkt der neueren Gesetzgebungen einer Prüfung zu unterwerfen.

§. 3.

Inhalt des positiven gemeinen Proceßrechts. Römisches Recht.

Die Grundsätze über die Remission des Processes stehen im innigsten Zusammenhange mit der Organisation des Instanzenzuges, und damit, von welchen unterrichterlichen Verfügungen Berufungen an den höhern Richter Statt finden. Denn sobald eine Gesetzgebung ein mehrfaches Instanzenrecht

anerkennt, muß ſich darnach auch das Syſtem der Aktenremiſſion ausbilden; denn dieſe wird ſeltener vorkommen können, wenn nur *post* sententiam definitivam appellirt werden darf, und häufiger eintreten müſſen, wenn auch ante sententiam definitivam, und entweder blos von Beiurtheilen, welche die Kraft der Endurtheile haben, oder von jedem Beiurtheile Appellation zuläſſig iſt. Eben ſo hängt das Syſtem weſentlich von der Bildung des Inſtituts des neuen Vorbringens in der höhern Inſtanz ab. Auf dieſe Rückſichten mußte gleich anfangs aufmerkſam gemacht werden, weil ſie zum Begreifen des römiſchen und canoniſchen Rechts beitragen.

Das römiſche Recht geſtattete urſprünglich und auch nach dem Juſtinianiſchen Rechte nur gegen Definitivurtheile, Zwiſchenurtheile gegen präjudicielle Nebenpunkte, und vor Definitivſentenzen gegen einen verdächtigen Richter die Appellation [2]). Aus dieſer Beſchränkung des Rechtsmittels der Appellation und deſſen eigenthümlichen Natur im römiſchen Rechte in Bezug auf die Zuläſſigkeit des neuen Vorbringens [3]) läßt ſich die durchgreifende und allgemein gefaßte Beſtimmung der Const. 6. de appellat. et consultat. 7, 62. erklären.

»Eos, qui de appellationibus cognoscent ac judicabunt, ita judicium suum praebere conveniet, ut intelligant, quod, cum appellatio post decisam sententia litem interposita fuerit, non ex occasione aliqua remittere negotium ad judicem suum fas sit, sed omnem causam propria sententia determinare conveniat, quum salubritas legis constitutae ad id spectare videatur, ut post sententiam ab eo, qui de appellatione cognoscit, recursus fieri non possit ad judicem, a quo fuerit provocatum. Quapropter remittendi litigatores ad provincias remotam accassionem atque exclusam penitus intelligant, quum super omni causa interpositam provocationem vel injustam tantum liceat pronunciare, vel justam.

2) S. Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß. Bd. IV. S. 1. ff.

3) Zeitſchrift Bd. IV. Abth 19. S. 461. ff.

§. 1. Si quid autem in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in judicio acto fuerit omissum, apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur, quum votum gerentibus nobis, aliud nihil in judiciis, quam justitiam locum habere debere, necessaria res forte transmissa non excludenda videatur. §. 2. Si quis autem post interpositam appellationem necessarias sibi putaverit esse personas, per quas apud judicem, qui super appellatione cognoscet, veritatem possit ostendere, quam existimavit occultam, hocque fieri judex perspexerit, sumtus iisdem ad faciendi itineris expeditionem praebere debebit, quum id ipsa justitia persuadeat, ab eo hoc recognosci, qui evocandi personas sua interesse crediderit.«

Hierauf sollen die Appellationsrichter, wenn ein durch eine Sentenz entschiedener Rechtsstreit auf dem Wege der Appellation an sie gelangt, nicht aus irgend einer Veranlassung die Sache an den Richter, der schon entschieden hat, remittiren, sondern die ganze Sache selbst entscheiden, denn nach der wohlthätigen Absicht des Gesetzes soll nach der Sentenz des Appellationsrichters nicht wieder ein Recurs an den vorigen Richter Statt finden. Die Appellationsrichter sollen deshalb beachten, daß die Befugniß, die streitenden Theile wieder ad provincias zurückzuschicken, durchaus aufgehoben und abgeschnitten ist, und sie, die Appellationsrichter, ermächtigt sind, über die wegen der ganzen Sache eingelegten Appellation zu erkennen, ob sie begründet sey, oder nicht. 2) Auch über das Vorbringen soll der Appellationsrichter entscheiden [4]). 3) Wenn aber ein Theil nach eingelegter Appellation es für nöthig achtet, durch gewisse Personen den Appellationsrichter von der Wahrheit bestimmter Thatsachen zu überzeugen, so soll dieser das Nöthige bewerkstelligen.

4) Es ist nicht zu übersehen, daß der Grundsatz über die Zulässigkeit des neuen Vorbringens in höherer Instanz gerade bei Gelegenheit der Bestimmung des Competenzumfanges des Appellationsrichters hervorgehoben worden ist.

Darin liegen nun allerdings als Hauptgrundſätze:

1) der Appellationsrichter ſoll über die Streitſache definitiv entſcheiden;

2) die weiter nöthigen Verhandlungen ſollen von ihm vorgenommen, von ihm geleitet werden;

3) es ſoll keine Remiſſion der Sache an den judex a quo Statt finden.

Dieſe Beſtimmungen hatten im römiſchen Rechte im Allgemeinen die Zweckmäßigkeit und Conſequenz für ſich, und paßten zum ganzen Appellationsſyſteme; denn darnach kamen Appellationen nur von der Definitivſentenz, oder einer dieſer an Kraft gleichen Interlocutoria vor; deshalb konnte und mußte die Thätigkeit des Appellationsrichters den angegebenen Umfang haben. Daß aber alles vor den Oberrichter gehörte, geht klar aus Const. 36. de appellat. 7, 62. hervor. Jedenfalls, und das iſt hier beſonders wichtig, konnte, da vorausgeſetzt wird, daß post decisam sententia litem appellirt worden, daß nur von einer Definition appellirt wurde, und daß die neuen Verhandlungen nicht weiter gingen, als es nach dem Princip der Nova in der Appellationsinſtanz möglich war; die Thätigkeit des Appellationsrichters in der Regel auch nur auf Punkte ſtoßen, worüber der judex a quo ſchon ſeine richterliche Aufmerkſamkeit verbreitet hatte. Dieſe Grundſätze ſtehen auch in einiger Uebereinſtimmung damit, daß ein Richter, ſobald er über eine Streitſache ſein Urtheil geſprochen, er dieſes ſelbſt unter keinen Umſtänden wieder ändern darf: »Judex posteaquam semel sententiam dixit, postea judex esse desinit [5]).«

Sonach lag in den Beſtimmungen der Const. 6. cit., wenn man ſie in Verbindung mit den Vorausſetzungen zur Appellation und dem Syſteme über das neue Vorbringen betrachtet, kein Abſchneiden einer Inſtanz, d. h. kein Ent-

5) Fr. 55. de re jud. 42, 1. Linde Handb. des Proc. Bd. 4. §. 12. S. 31. f.

scheiden über einen wesentlichen Punkt, worüber der vorige Richter nicht schon entschieden hatte.

Es wäre nun aber gefehlt, wenn man auf den Grund des seither Dargestellten behaupten wollte, es habe niemals bei den Römern die Sache von dem Appellationsrichter an den Unterrichter zurückkommen können; denn in den wenigen Ausnahmsfällen, worin auch schon nach römischem Rechte ante sententiam definitivam appellirt werden konnte [6]), trat nach beendigter Appellationsinstanz auch wieder ein Unterrichter in Wirksamkeit.

Im Uebrigen brachte es die römische Gerichtsverfassung schon mit sich, daß jeder Richter seine Sentenz vollzog [7]). Deshalb wurde das von dem Appellationsrichter gefällte Urtheil auch von ihm vollzogen [8]).

§. 4.

Canonisches Recht.

Das canonische Recht hat bekanntlich über die Zulässigkeit und Nothwendigkeit der Zwischenappellationen, d. h. der Appellationen von Beiurtheilen im Gegensatze der Appellation von dem Endurtheile manche eigenthümliche Grundsätze aufgestellt; aber dennoch rücksichtlich der Dauer und des Umfanges des Devolutiveffects auf den Unterschied hin, ob von einem Zwischenurtheile oder von einem Endurtheile appellirt worden ist, keine abweichende Bestimmungen gegen das römische Recht aufgestellt. Dagegen sind von dem Umstande: ob

6) Fr. 2. de appellat. recip. 49. 5. Linde Handb. d. Civilproc. IV. §. 32. S. 78 – 86. Heffter Institut. S. 457. Bayer Vorträge S. 466.

7) Fr. 15. pr. §. 1. de re jud. 42, 1. Vergl. Const. 5. pr. de fruct. et litium expens. 7, 51. Heffter a. a. O. S. 545.

8) Const. 32. §. 2. de appellat. 7, 62. Const. 5. pr. de fruct. et lit. expens. 7, 51. Const. 2. 3. de except. rei jud. 7, 53. Nov. 123. cap. 21. Auth. Si quis. Cod. de episcop. aud. 7, 53.

confirmatoriſch oder reformatoriſch in der Appellationsinſtanz entſchieden wird, beſtimmte und verſchiedene Folgen in Beziehung auf Dauer und Umfang des Devolutiveffects abhängig gemacht. Die hier in Betracht zu ziehenden Beſtimmungen ſind folgende:

Cap. 35. X. de appellat. 2, 28. (Alexander III. c. a. 1175.)

»Accepta conquestione canonicorum Pampillon. Non debet ad eas causa remitti, nisi partes consenserint, a quibus noscitur appellatum.«

Cap. 38. X. eod. (Clemens III. c. a. 1190.)

»... Accepimus, quod quidam clerici de Gual. occasione judicii tui, quod velle observare se jactant, Linconien. Episcopi judicis ordinarii sine causa rationabili cognitionem evitant. Unde mandamus, quatenus si quando contigerit aliquem de clericis a praefato episcopo ad tuam audientiam appellare, non ante appellationem admittas, quam tibi constiterit eam vel a gravamine vel injusta condemnatione porrectam: alioquin ipsum ad praedicti episcopi audientiam remittas, appellatione remota, ejus judicis pariturum.«

Cap. 59. X. eod. 2, 28. (Innocentius III. in conc. generali cap. 35. c. an. 1216. Romae.)

»Ut debitus honor deferatur judicibus, et litigatoribus consultatur super laboribus et expensis: statuimus, ut si quis coram idoneo judice convenerit adversarium, ille ante sententiam ad superiorem judicem absque rationabili causa non provocet, sed caram illo suam justitiam prosequatur, non obstante si dicat, quod ad superiorem judicem nuntium destinaverit, aut literas impetraverit ab eodem, priusquam delegato fuerint assignatae. Cum autem ex rationabili causa putaverit appellandum, coram eodem judice causa probabili appellationis exposita, tali videlicet, quae si foret probata, deberet legitima reputari, superior de appellatione cognoscat. Et si minus rationabiliter eum appellasse constiterit, illum ad inferiorem remittat, et in expensas alteri

parti condemnet: alioquin ipse procedet, salvis constitutionibus de majoribus causis ad sedem apostolicam referendis.«

Cap. 61. X. eod. (Innocent. III. in conc. Lateran. cap. 48. an. 1216.)

» . . . . Appellationis causa coram superiore probata, superior suae jurisdictionis officium exequatur. Sed si appellans in ejus probatione defecerit, ad eum, a quo ipsum malitiose appellasse constiterit, remittatur.«

Cap. 70. §. 2. X. eod. (Gregor. IX. c. a. 1235.)

»Ille denique, qui vocem appellationis emisit, cujus nondum est alii cognitio de legata ad petitionem ejusdem, ad eum, a quo provocavit, de jure remittitur, contradictione parte alterius non obstante, in legitimis expensis adversario quas eum propter hac fecisse constiterit, condemnandus.«

Cap. 1. de appellat. in VI. 2, 15. (Innocent. IV. an. 1245.)

»Cordi nobis est lites minuere, et a laboribus relevare subjectos. Sancimus igitur, ut si quis in judicio, vel extra, super interlocutoria, vel gravamine aliquo ad nos duxerit appellandum; causam appellationis in scriptis assignare deproperet, petat apostolos, quos ei paecipimus exhiberi. In quibus appellationis causam exprimat, et cur appellatio non sit admissa, vel si appellationi forsan ex superioris reverentia sit delatum. Post hoc appellatori, secundum locorum distantiam, personarum et negotii qualitatem tempore persecutionis indulto, si voluerit appellatus, et petierit, principales personae per se, vel per procuratores instructos, cum mandato ad agendum, *et cum actionibus et munimentis ad causam spectantibus*, accedunt ad sedem apostolicam sic parati, *ut si nobis visum fuerit expedire, finito appellationis articulo*, vel de partium voluntate omisso, *procedatur in negotio principali*, quantum de jure poterit et debebit. Iis quae in appellationibus a definitivis sententiis interpositis antiquitas statuit, non mutatis. Quod si appellator, quae praemissa sunt, non observet, reputabitur non appellans,

et ad prioris judicis redibit examen, in expensis legitimis condemnandus. Si autem appellatus contempserit hoc statutum, in eum tanquam in contumacem tum in expensis, *quam in causa* (quantum a jure permittitur) procedatur . . . «

Cap. 5. de appellat. in VI. 2, 15. (Clemens IV. c. a. 1267.)

»Cum appellationibus frivolis nec justitia deferat, nec sit a judice deferendum; si judex inferior appellationem minus legitimam non admittat, eam appellatore nihilo minus prosequente, superior de ipsa cognoscens causam ad priorem judicem (juxta sanctiones canonicas) sine difficultate remittat, eadem die condemnationem faciens expensarum. Si vero judex admittat eandem, licet tum appellatio, quam ipsius judicis delatio a superiore valeant refutari, quia tamen judex ipse, quantum in se fuit, a se jurisdictionem abdicavit eandem, appellationi deferens minus juste, totius causae decisio in superioris est potestate transfusa: nec est illi causa de necessitate ulterius remittenda: salvis iis, quae super appellationibus post sententiam interpositis sunt statuta.«

Aus dieſen Geſetzen ergibt ſich, daß nach canoniſchem Rechte ſowohl in dem Falle, wenn *ante*, als in dem, wenn *post* [9]) definitivam sententiam appellirt worden, unterſchieden werden ſoll: 1) ob der Oberrichter die Beſchwerde für gegründet findet; dann bleibt er für die fernere Behandlung der Sache zuſtändig [10]); 2) oder ob er die Beſchwerde für ungegründet findet, dann wird die Sache an den Unterrichter zurückgewieſen [11]).

Eine ſolche Remiſſion fand begreiflich auch dann ſtatt, wenn der Appellant nicht alle Handlungen vornahm, welche vorgeſchrieben waren, damit die Thätigkeit des höheren Rich-

9) Cap. 38. X. 2, 28.
10) Cap. 59. 61. X. 2, 28. Cap. 5. in VI. 2, 15.
11) S. vorige Note.

ters überhaupt in der Sache eintreten durfte [12]); oder wenn zeitig auf die Appellation verzichtet wurde [13]), oder beide Partheien ihre Zuſtimmung dazu gaben [14]).

Ausnahmsweiſe wird der Oberrichter aber ſelbſt dann, wenn ante definitivam sententiam appellirt, und die Beſchwerde auch für unbegründet erkannt worden iſt, für befugt erachtet, die Streitverhandlungen fortzuführen, wenn der vorige Richter die Appellation simpliciter für zuläſſig erklärt hat, dann ſoll angenommen werden, der judex a quo habe auf ſeine Zuſtändigkeit verzichtet [15]).

In neuerer Zeit hat gleichwohl Bayer [16]) behauptet, daß für den Fall, wenn *post* sententiam definitivam appellirt worden ſey, das canoniſche Recht das römiſche beſtätigt habe; allein aus dem Satze in cap. 5. de appellat. in 6. »salvis iis etc.« dürfte ſich dieſes nicht beweiſen laſſen, denn da ſchon cap. 38. und 61. X. de appell. ohne zwiſchen der Appellation ante und post sententiam definitivam zu unterſcheiden, die eben behaupteten, vom römiſchen Rechte theilweiſe abweichenden, Grundſätze über die Dauer des Devolutiveffects aufſtellen, ſo können jene Worte (»salvis iis«) wohl nur auf die früheren Beſtimmungen des canoniſchen Rechts bezogen werden.

---

12) Cap. 1. in VI. 2, 15.

13) Cap. 70. §. 2. X. 2, 28.

14) Cap. 35. X. 2, 28

15) Cap. 5. de appellat. in VI. 2, 15. Schon Mynsinger Cent. II. Obs. 4. Cent. IV. Obs. 46. und Boehmer Elect. jur. civ. T. I. Exerc. 13. de appellat. interpos. renunc. §. 22. haben dieſe Behauptung aufgeſtellt; und wenn Gönner Handb. III. 40. §. 30. S. 297. dagegen bemerkte, daß dieſe Behauptung „ſonderbar klinge", ſo hat er gewiß überſehen, daß der Klang doch ein geſetzlicher iſt.

16) Vorträge über den gem. ord. Civilproc. München 1828. S. 492.

§. 5.

Reichsgeſetzgebung.

Die C. G. O. von 1555 hat in dieſer Lehre wieder durchaus dem römiſchen Grundſatze ſich angeſchloſſen. Daß die Reichsgerichte ſich für zuſtändig hielten, in der Appellationsinſtanz alle Verhandlungen, die zur Vervollſtändigung der Sache noch vorkommen konnten, ſelbſt zu leiten, und das Urtheil zu vollziehen, bedarf keiner Nachweiſung, und liegt in der gangen Einrichtung des geſetzlich geordneten Verfahrens. Daß aber insbeſondere auch dann, wenn confirmatoriſch entſchieden wurde, das Cammergericht befugt war, das Urtheil ſelbſt zu vollziehen, iſt ausdrücklich ausgeſprochen. Die betreffenden Beſtimmungen enthält:

Tit. 50. §. 5. „Dieweil auch zu zeiten an dem Cammergericht, in Appellationsſachen, in denen geurtheilt, und vorige urtheil beſtettiget worden, die Execution derſelben urtheil, deßgleichen Taration der Expens, in der erſten Inſtanz ergangen, begert wirt; wiewohl bei etlichen bißher ein Zweifel geweſen, ob ſolche Taration und Execution der vorergangenen Inſtanzen, für die vordere Richter gewieſen werden ſoll: So wöllen wir doch, ordnen und ſetzen auch hiemit, daß ſolch Execution, Taration expenſarum der vordern Inſtanzen, in allen Sachen, die durch Appellation an das Kayſ. Cammergericht erwachſen, daſelbſt beſchehen ſoll.“

§. 6. „Wo aber Appellationes am Kayſ. Cammergericht fürgenommen, welche volgendes deſert, oder ſunſt unrechtmäßig befunden, und alſo an das Cammergericht nit erwachſen, auch daſelbſt nit angenommen würden: in denenſelben ſollen allein die Expens, ſo ſolcher vermeinten Appellation halben auffgangen, an demſelben Cammergericht taxirt, auch derhalben dem andern theil mit Execution, wie ſich gebürt, verholffen werden; aber der Hauptſach und Expens halben, ſo vor den vorigen Richter ergangen, ſoll die obliegendt Parthey die vorige Richter um Taration und Execution (ſo fern

ſie dieſelbig zu thun hatten) wie ſich gebürt, aufzuſuchen ſchuldig ſeyn."

§. 6.

Anſichten der Doctrin und Praxis.

Die älteren Cameralſchriftſteller ſtimmten darin überein, daß der Appellationsrichter, wenn der Appellat es verlange, die ganze Sache an ſich ziehen, und über alle Punkte entſcheiden könne, insbeſondere auch dann, wenn von bloßen Zwiſchenurtheilen appellirt worden, dennoch auch in der Hauptſache der Appellationsrichter zu ſprechen habe [17]). Eine wiſſenſchaftliche Erörterung über dieſen Gegenſtand, oder auch nur eine gehörige Sonderung der verſchiedenen hiebei in Betracht kommenden Fälle, ſucht man bei den ältern Schriftſtellern vergebens, und auch in ſpäterer Zeit beſchränken ſie ſich, meiſtens ohne nähere Begründung, auf kurze Andeutungen [18]). Vollſtändiger ſchon iſt die Darſtellung bei Mehlen [19]). Er unterſcheidet, ob reformatoriſch oder confirmatoriſch, oder gemiſcht entſchieden, oder blos erläutert iſt, und lehrt in Bezug auf dieſe Verſchiedenheit:

1) wenn der Oberrichter reformatoriſch entſchieden habe,

a) über eine Definitivſentenz, ſo exequire er ſie auch, und ſey nicht ſchuldig, die von ihm entſchiedene Appellationsſache zur Vollziehung des rechtskräftig Erkannten, an den Unterrichter zurückzuſchicken, indem er eine neue Sentenz geſprochen habe [20]). Allein der Oberrichter könne doch, wenn

---

17) Man ſehe die ältern Schriftſteller bei **Holscher ad ordinat. Cam. P. III. T. 28. n. 68.**

18) Man ſehe z. B. Claproth ordentl. Proc. Th. 2. §. 385. Hauptſt. 23. Tit. 15. (Ausg. von 1787. S. 591.) Ulich Abh. von Appellationen. Wittenb. 1788. §. 138. S. 169. f. **J. H. Boehmer J. E. P. II. 28. §. 18. 19.**

19) Mehlen über die Appellation und andere Inpugnativmittel. §. 125. 126.

20) **Mevii Dec. P. IV. D. 349. Cramer obs. 556.**

er es den Umſtänden angemeſſen erachte, die Sache zur Execution an den Unterrichter zurückſenden [21]) und in dieſem Falle, wenn er die Sache nicht behalten wolle, werde die Remiſſion ausdrücklich erkannt, weil ſie ſich ſonſt nicht von ſelbſt verſtehe [22]);

b) über eine interlocutoriſche Sentenz, welche eine Beſchwerde enthalte, die durch die definitive Sentenz nicht füglich gehoben werden könne, ſo würden die Akten zum weitern Verfahren nicht remittirt [23]). Indeſſen könne der Oberrichter, wenn er wolle, die Sache auch in dieſem Falle remittiren [24]), und dem Unterrichter das fernere Verfahren (z. B. das Beweisverfahren) überlaſſen, auch die Art und Weiſe des fernern Verfahrens vorſchreiben. Werde aber dieſe vorgeſchriebene Verfahrungsart nicht beobachtet, ſo könne der dadurch Beſchwerte ſich wieder an das Obergericht wenden [25]).

2) Wenn der Oberrichter confirmatoriſch entſcheide,

a) über eine Definitivſentenz, ſo ſey der Oberrichter auch befugt, die Sentenz zu vollziehen [26]). Indeſſen werde gewöhnlich die Sache an den Unterrichter remittirt, und die clausula remissoria ausdrücklich in die Sentenz geſetzt [27]).

b) Beſtätige er eine interlocutoriſche Sentenz, ſo pflege gleichfalls die Sache an den Unterrichter remittirt, und

---

21) Eyben Opusc. p. 440.

22) Engelbrecht Obs. sel. for. Obs. 69. Note 6.

23) Gail I. obs. 131. n. 3. Cramer obs. 340.

24) Engelbrecht l. c. Obs. 23. Note 2. G. L. Boehmer de appellat. interpos. renunciat. §. 20. (Elect. jur. civ. T. I. Exerc. 13.)

25) Cramer l. c. obs. 688.

26) Nov. 123. c. 21. Auth. Si quis litigantium. Cod. de episc. aud. C. G. O. von 1555. III. 50. §. 5. Schröter de sent. confirm. p. 45.

27) Engelbrecht Obs. 69. in f. Leyser M. ad P. spec. 756. Med. 1.

die Remissorialclausel ausdrücklich in der confirmatorischen Sentenz hinzugefügt zu werden [28]).

3) Sowohl wenn eine gemischte, als wenn eine erklärende Sentenz erfolge, so könne der Oberrichter, wenn er wolle, die Sache remittiren und die Remissorialclausel werde hier gleichfalls ausdrücklich hinzugefügt [29]).

Die neueren Processualisten befolgen im Wesentlichen die Grundsätze, daß 1) im Falle das vorige Urtheil im Ganzen oder in Hauptpunkten bestätigt, oder ein abänderndes Rescript erlassen wird, die Akten an den judex a quo zurückgesandt werden, und dieser für das nothwendige weitere Verfahren wieder zuständig ist. 2) Dasselbe geschieht auch dann, wenn das Appellationserkenntniß zwar in Hauptpunkten reformirend ist, aber darnach neue Verhandlungen über einen Punkt eingeleitet werden müssen, oder über einen Hauptpunkt zu entscheiden ist, worüber in erster Instanz noch nicht gesprochen war. 3) In jedem andern Falle einer abändernden Entscheidung aber, bleibt die höhere Instanz für die fernere Leitung und Execution der Sache zuständig, wiewohl der Unterrichter auch dann im Auftrage des höhern die Execution vollziehen kann [30]).

§. 7.

Prüfung der seitherigen wissenschaftlichen Ansichten.

Eine Vergleichung der von der Doctrin aufgestellten, in der Anwendung mitunter auch befolgten Grundsätze mit den

---

28) G. L. Boehmer l. c. §. 22.

29) Eyben Op. p. 440. Hofmann Reichsprax. §. 1062.

30) Thibaut System d. P. R. §. 1248. Danz ord. Proc. §. 426. Zif. 5. §. 440. Martin Lehrb. d. bürgerl. Proc. §. 280. Gensler Comment. Ausg. v. Morstadt. B. 2. S. 151. v. Grolman Theorie des gerichtl. Verf. §. 212. Gönner Handb. III. 60. §. 30. f. Heffter Institut. S. 479. 546. Bayer Vorträge über den gem. ordentl. Proc. S. 492.

oben angegebenen Beſtimmungen der Rechtsquellen ergibt die bedeutenden Abweichungen der geſetzlichen und doctrinellen Theorie. Daß dieſe Erſcheinung zum größten Theile Unkenntniß des Inhalts der Geſetze zum Grunde hat, beweißt die Art, wie die Doctrin und Praxis das aufgeſtellte Syſtem begründeten. Doch kann ein ſolcher Vorwurf nicht allgemein treffen, und insbeſondere hat Gönner zwar den Inhalt einzelner geſetzlicher Beſtimmungen nicht verkannt; aber theils ihrer Richtung, theils anderer Grundſätze des gemeinen Proceßrechtes wegen, Unanwendbarkeit behauptet, weshalb es nothwendig wird, vor allem zu unterſuchen, inwiefern die Quellen des gemeinen Proceßrechts noch praktiſche Gültigkeit für unſern Gegenſtand haben, und in welchem Verhältniſſe die in den verſchiedenen Quellen verſchieden enthaltenen Grundſätze zu einander ſtehen.

Nach bekannten Grundſätzen derogirt das canoniſche Recht dem römiſchen; die Reichsgeſetzgebung aber beiden.

In vorliegender Lehre kann aber ſogleich gefragt werden: ob die reichsgeſetzliche Beſtimmung, als Norm für das Reichscammergericht gegeben, als Grundſatz des gemeinen Proceßrechtes anzunehmen ſey? Da reichsgeſetzlich alle Landesherren bei ihren Gerichten die Verordnung thun ſollten, damit ſo viel möglich bei denſelben die Norm des kammergerichtlichen Proceſſes obſervirt werde, jedoch mit dieſem ausdrücklichen Vorbehalte, dafern bei ſolchen Judiciis kein anderer Modus eingeführt und bis daher hergebracht worden [31]); ſo kann die Gültigkeit des reichsgeſetzlichen Grundſatzes im vorliegenden Verhältniſſe nur theils von der Möglichkeit der Anwendbarkeit überhaupt, theils davon abhängen, ob in einzelnen Ländern nicht ein anderer Modus eingeführt und bis daher hergebracht worden iſt.

---

31) C. G. O. v. 1555. II. 31. §. 9. D. A. v. 1600. §. 15. J. P. O. V. 55. J. R. A. §. 137. Linde Lehrb. des Civilproc. §§. 17. 25. 26.

An der Anwendbarkeit des reichsgesetzlichen Princips in den Gerichten der deutschen Länder ist nicht zu zweifeln, und insofern sogar das Reichsgesetz den Umfang der Competenz der Appellationsinstanz möglichst weit gegriffen, liegt in dem zur Sprache stehenden Verhältnisse sogar der Fall vor, in welchem dasselbe reichsgesetzliche Princip in der Anwendung auf die Landesgerichte gewiß viel weniger bedenklich ist, als es in der Anwendnng bei den Reichsgerichten seyn konnte, wenn überhaupt mit Grunde Bedenklichkeiten statt finden könnten, was später zu erörtern ist. Ob aber in einzelnen Ländern nun Anwendbarkeit des reichsgesetzlichen Grundsatzes zu behaupten steht, muß aus der Einrichtung der betreffenden Länder erörtert werden.

Hiernach muß es auffallen, daß sowohl die ältern als neueren Processualisten, selbst Danz, Gönner, Martin, Grolman, Heffter, Bayer, Waldeck u. A., der reichsgesetzlichen Vorschrift gar nicht erwähnen.

Rücksichtlich des canonischen Rechts behauptet Gönner [32]), daß cap 1. de appellat. in VI. nur von Appellationen an den römischen Hof handele, und daß jenes Caput nur in dem gränzenlosen Bestreben der Päbste, ihre Gerichtsbarkeit über alle Gränzen des Rechts willkührlich zu erstrecken, ihren Grund habe, folglich kein allgemeines Gesetz für alle Appellationen sey [33]).

Wenn dieser Einwand Gewicht hätte, so würde man damit das canonische Recht überhaupt als Quelle des deutschen gemeinen Proceßrechtes verdrängen müssen. Denn bekanntlich bezogen sich die Bestimmungen des canonischen Rechts

32) Handb. des deutschen gem. Proc. III. 33. §. 31. S. 299. f. S. auch Ulich Abh. von der Appellation §. 141., der die sonderbare Ansicht hat, daß jenes cap. 1. cit. blos auf Katholische Anwendung habe.

33) Auf die weiteren Einwendungen Gönner's an diesem Orte werden wir unten zurückkommen.

überhaupt zunächſt auf die geiſtlichen Gerichte, und erſt durch Vermittelung der Praxis gingen ſie auf die weltlichen über [34]). Es kann alſo nur die Frage ſeyn, ob der Grundſatz an ſich für weltliche Gerichte unanwendbar iſt, was, wie ſich ſpäter ergeben wird, nicht zu behaupten ſteht.

Zudem iſt noch eine Reihe anderweitiger Beſtimmungen im canoniſchen Rechte über unſern Gegenſtand vorhanden [35]), gegen welche, weil man ſie meiſtens überſah, keine Ausſetzungen gemacht worden ſind, und gegen welche ſich auch keine andere, als ſolche, die gegen die Anwendbarkeit des canoniſchen Rechts überhaupt aufgeſtellt werden müßten, machen laſſen.

Steht es hiernach feſt, daß die Beſtimmungen des römiſchen, canoniſchen und Reichsrechts als Quellen für das Syſtem unſerer Lehre benutzt werden müſſen, ſo fragt es ſich nun ferner, in wiefern dieſe Geſetze, deren Inhalt oben vollſtändig angegeben iſt, correctoriſch auf einander eingewirkt haben. Das römiſche Recht hat, ohne Rückſicht darauf, ob ante [36])

---

34) G. A. Martin Specimen historiae studiorum etc. Jen. 1823. §. 9.

35) In dieſen ſind manche Grundſätze enthalten, welche ältere Cameralſchriftſteller gleichfalls aufſtellten, ohne dafür das canoniſche Recht als geſetzliche Autorität anzuführen, und die Gönner nur deshalb als ſonderbare, unzuſammenhängende, und durch kein Geſetz unterſtützte Meinungen beſtreiten konnte, weil er die Dogmatik dieſer Lehre nach ihrer geſetzlichen Begründung nicht aufgeſtellt hatte.

36) Der Grund, aus welchem dieſe Unterſcheidung im römiſchen Recht gar nicht vorkommen konnte, lag darin, daß die Appellation überhaupt erſt *post* sententiam *definitivam* vorkam. Vergl. oben §. 3. Daß in den wenigen, durchaus in der Natur der Sache liegenden, Ausnahmsfällen, in welchen ante sent. defin. appellirt werden konnte, (Fr. 39. pr. de minor. 4, 4. Const. 30. de appellat. 7, 62. Const. 16 de judiciis 3, 1. Const. 16. de sent. et interloc. 7, 45. Const. 4. cod. 3, 13.) die Beſtimmungen der Const. 6. de appellat. keine Anwendung fanden, verſteht ſich von ſelbſt.

oder post sententiam definitivam appellirt worden war; und ohne Rücksicht darauf, ob die Appellation begründet oder unbegründet, wenn es überhaupt und im Fragefalle nur zulässig war [37]), Umfang und Dauer des Devolutiveffects durch den allgemeinen Grundsatz festgestellt, daß dem Appellationsrichter die ganze fernere Verhandlung, Entscheidung und Vollziehung zustehe, und er die Sache unter keinem Vorwande an den Unterrichter remittiren dürfe.

Das canonische Recht, von der Einrichtung ausgehend, daß sowohl ante als post sententiam definitivam nach festen Grundsätzen appellirt werde, hat theils hierauf, theils auf den Umstand, ob confirmatorisch oder reformatorisch entschieden würde, theils sogar auf die Art der Apostel, die Dauer des Devolutiveffects berechnet, und die Zulässigkeit der Remission der Sache an den Unterrichter unter Umständen auch von dem Ermessen des Appellationsrichters abhängig gemacht (§. 4.). Die Reichsgesetzgebung endlich hat gegen das System des canonischen Rechts die sehr wesentliche Abänderung getroffen, daß der Appellationsrichter auch dann, wenn er ein Definitivurtheil confirmirt, für die Execution competent seyn soll.

§. 7.

Heutiges gemeinrechtliches System.

Als das theoretisch richtige gemeinrechtliche System stellt sich sonach das folgende heraus:

1. Wenn eine Appellation an das Appellationsgericht gar nicht erwachsen ist, also nicht angenommen wird [38]), dann ist die Sache an den vorigen Richter zu remittiren. Jedoch ist der Appellationsrichter zuständig, über die Kosten,

37) A. M. scheint zu seyn Hefftter Institut. des Civilproc. S. 479. Zif. 27.

38) Z. B. wegen Desertion, weil der Gegenstand, die Entscheidung, inappellabel ist. Vergl. über diese letztern Fälle Linde Handb. des bürgerl. Proc. B. IV. §. 51. ff.

welche über dieſes Appellationsverfahren entſtanden ſind, zu entſcheiden, und dieſe Entſcheidung zu vollziehen [39]).

II. Iſt die Appellation im Allgemeinen zuläſſig, dann iſt zu unterſcheiden:

1) es iſt *ante* sententiam definitivam appellirt, dann kommt es darauf an

a) der Unterrichter hat die Appellation ſimpliciter für zuläſſig erklärt, dann darf der Oberrichter die Sache ganz vor ſich ziehen und fort behandeln, er darf ſie aber auch remittiren, wenn ſich die Sache, abgeſehen davon, daß der Unterrichter das Rechtsmittel ſimpliciter für zuläſſig erklärt hat, dazu eignet.

b) oder der Unterrichter hat die Appellation nicht ſimpliciter für zuläſſig erklärt, vielmehr entweder blos *apostoli reverentiales* oder gar *refutatorii* gegeben, dann iſt weiter zu unterſcheiden:

a) es wird reformatoriſch entſchieden, dann bleibt der Oberrichter für die fernere Verhandlung, Entſcheidung und Vollziehung zuſtändig,

b) es wird confirmatoriſch entſchieden, dann wird die Sache an den Unterrichter zurückgewieſen;

2) es iſt *post* sententiam definitivam appellirt; dann bleibt ſowohl, wenn reformatoriſch, als wenn confirmato-

---

39) C. G. O. von 1555. III. 50. §. 6. Mit einer ſolchen unzuläſſigen Appellation darf man aber eine grundloſe nicht verwechſeln. Um eine Appellation für grundlos zu erklären, wird die Zuläſſigkeit derſelben vorausgeſetzt. Grundlos erklärt man eine Appellation durch ein confirmatoriſches Urtheil; unzuläſſig aber dadurch, daß man die Appellation als nicht an das höhere Gericht erwachſen, als nicht zuläſſig erklärt. Sicher hatte auch nach römiſchem Rechte der Appellationsrichter, wenn er die Appellation für grundlos erklärte, darüber zu cognosciren, wer die Koſten der Appellationsinſtanz zu tragen habe, eine Befugniß, die eben ſo das canoniſche Recht anerkennt (§. 4.).

risch [40]) entschieden wird, der Oberrichter für die fernere Verhandlung und Execution ausschließlich zuständig.

3) Wird die Appellation durch Verzicht auf das Rechtsmittel beseitigt, so wird die Sache gleichfalls an den Unterrichter remittirt [41]).

4) Die Fälle, wenn theils reformatorisch, theils confirmatorisch entschieden wird, oder wenn blos Declaration erfolgt, sind im Gesetze nicht ausdrücklich entschieden. Die Entscheidung kann aber aus den gegebenen Grundsätzen leicht abgeleitet werden.

a) Wird eine unterrichterliche Verfügung blos declarirt [42]), so ist die Sache in allen Fällen, die Verfügung mag ein Zwischenurtheil oder ein Endurtheil seyn, an den Unterrichter remittirt. Das Gesuch um Declaration ist kein Rechtsmittel, und vorausgesetzt, daß nicht einmal eventuell ein Rechtsmittel eingelegt ist, und der Richter sich durchaus in den Gränzen der Declaration hält, tritt keiner von den Gründen ein, die das Zurückhalten der Sache beim höhern Richter sonst rechtfertigen. Wenn dagegen eine Parthei zwar förmlich appellirt hat, der höhere Richter aber die unterrichterliche Verfügung confirmirt [43]), zugleich aber auch declarirt, es mag hierum gebeten seyn oder nicht, dann treten die Grundsätze über Remission bei confirmatorischen Urtheilen ein.

b) Wird ein unterrichterliches Urtheil vom Oberrichter theils abgeändert, theils bestätigt, so kann es

α) wenn post sententiam definitivam appellirt worden ist, keinem Zweifel unterliegen, daß der Oberrichter aus-

---

40) C. G. O. v. 1555. III. 50. §. 5.

41) S. Archiv für civilist. Prax. B. 14. S. 187. f.

42) S. über Declaratorien Linde Handb. IV. S. 29—74.

43) Denn wenn er sie reformirt, so wird er nur dann zugleich declariren können, wenn er theils confirmirt, theils reformirt; alsdann ist aber der Fall wieder aus einem andern Gesichtspunkte zu betrachten.

ſchließlich competent bleibt, weil er nach den Reichsgeſetzen ſowohl, wenn confirmirt, als wenn reformirt wird, für die fernere Verhandlung und Execution allein zuſtändig ſeyn ſoll, und dieſes alſo auch bei theilweiſer Beſtätigung und theilweiſer Abänderung bleiben muß;

β) wenn dagegen ante sententiam definitivam appellirt war, ſo kommt es wieder darauf an,

a) ob der Unterrichter der Appellation ſimpliciter deferirt hat, dann darf auch hier der Oberrichter die Sache behalten, wenn er ſie auch, im Falle blos Reverential- oder reſultatoriſche Apoſtel ausgeſtellt geweſen, hätte zurückſenden müſſen;

b) oder ob der Unterrichter blos apostoli reverentiales oder gar refutatorii ausgeſtellt hat. Dieſes iſt der einzige Fall, in welchem die Frage über die Remiſſion ſchwieriger zu löſen iſt. Wenn Gönner für alle Fälle, in welchen das erſtrichterliche Urtheil vom Oberrichter zum Theil abgeändert, und zum Theil beſtätigt worden iſt, darauf geſehen wiſſen will, ob das Urtheil in Hauptpunkten oder nur in Nebenpunkten reformirt wurde, und nicht im erſten, wohl aber im letzten Falle die Sache an den Unterrichter remittirt wiſſen will [44]), ſo kann, nach dem ſo eben Angeführten, blos gefragt werden, ob dieſe Grundſätze für den einzigen zur Entſcheidung übrig gebliebenen Fall, anzunehmen ſeyen, denn daß ſie für alle übrigen Fälle nicht entſcheidend ſind, bedarf keiner Nachweiſung mehr. Zu überſehen iſt nun nicht, daß Gönner jene Grundſätze für den uns hier noch übrig gebliebenen Fall gar nicht aufgeſtellt hat, und nicht für anwendbar erklärt haben würde; denn uns blieb nur der Fall eines Zwiſchenurtheils übrig, und bei Appellation von einem ſolchen verlangt Gönner immer, die Entſcheidung mag abändernd oder beſtätigend ausfallen, für die Fortführung der

44) Gönner Handb. III. S. 308.

Hauptsache, Remission an den Unterrichter. Mir scheint folgerichtig davon ausgegangen werden zu müssen, daß ein theilweise reformatorisches Erkenntniß in Bezug auf die Dauer des Devolutiveffects als ganz confirmatorisch behandelt werden müsse. Es entspricht dem Geiste des processualischen Verfahrens weit mehr, in Fällen, wo der Strenge nach die Zuständigkeit des Ober- und Untergerichts getheilt ist, die des erstern für ausschließlich zu erklären, als umgekehrt, weil im Obergerichte eine größere Garantie für sichere Rechtspflege liegt, als im Untergerichte, und weil es unpassender scheint, Funktionen des Obergerichts, die nicht blos in Ausführungen, sondern in wirklichen Urtheilen bestehen, auf ein Untergericht zu übertragen, als umgekehrt. Auch scheint es in der Natur des Verhältnisses zu liegen, daß ein theilweises Reformiren eher das theilweise Confirmiren absorbirt, als umgekehrt.

5) Noch kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht auch dann Remission der Sache verfügt werden müsse, wenn eine Parthei ausdrücklich verlange, daß das obere Gericht blos einen bestimmten Punkt zum Gegenstande der Prüfung machen, dann aber, wenn dieser erledigt, die Sache zur weitern Verhandlung an den Unterrichter remittiren solle? Diese Frage habe ich noch in keinem wissenschaftlichen Werke aufgeworfen und geprüft gefunden, und ich selbst würde sie für zu unbedeutend halten, um darüber zu schreiben, wenn ich nicht in neuerer Zeit darin einen neuen Versuch zu Proceßverzögerungen wahrgenommen hätte. — Es versteht sich, daß eine Instanzenvermehrung und Competenzbeschränkung des Appellationsgerichts nicht in der Macht einer Parthei liegt, und der Umfang und die Dauer des Devolutiveffects niemals nach dem Willen der Partheien, sondern blos nach den Gesetzen bemessen werden muß; kein Gericht also derartige Anträge berücksichtigen darf, sondern in der Sache nach Maaßgabe der ihm zustehenden Befugniß selbst zu entscheiden habe.

§. 8.

Ueber den Einfluß des Rechts auf drei Inſtanzen auf die Actenremiſſion.

Fragt man nach der proceſſualiſchen Wichtigkeit der einzelnen Beſtimmungen dieſes Syſtems, ſo kann es nicht entgehen, daß im Ganzen wenig darauf ankommt, welches Gericht die Vollſtreckung eines Endurtheils zu verfügen und zu leiten hat, eben ſo wie darauf, welches Gericht das durch ein abänderndes Erkenntniß nothwendig werdende weitere Verfahren (d. h. die weitere Verhandlung oder Proceßinſtruction im Gegenſatze der darauf zu erlaſſenden Entſcheidung) zu leiten hat. Eben deshalb iſt auch dem Oberrichter geſtattet, in allen Fällen, worin er in Folge eines Rechtsmittels in höherer Inſtanz competent wird, entweder eine Execution auszuführen oder die Proceßinſtruction zu behalten, einen Unterrichter, ſelbſt den, von deſſen Entſchlieſſungen appellirt war, zu committiren.

Die bei weitem wichtigſte Beſtimmung in unſerer Lehre iſt die, daß in allen Fällen, wo der Oberrichter reformatoriſch entſcheidet, die Sache in der obern Inſtanz bleibt, daſelbſt fortgeſetzt und entſchieden, und nicht remittirt werden ſoll.

Dieſer Satz iſt es aber gerade, den neuere Proceſſualiſten, beſonders ſeit Gönner und Grolman, beſtritten haben. Wir wollen vorerſt die Gönner'ſchen Anſichten im Zuſammenhange betrachten, und ſie ſodann beleuchten.

Gönner ſagt: „Eine genauere Unterſuchung verdient die Frage: ob der Appellat gegen den Willen des Appellanten durch ſeine Einreden Punkte bei dem höhern Richter anhängig machen könne, worüber nicht appellirt wurde? oder, was auf dieſen Grundſatz hinausgeht: ob bei Appellationen von bloßen Zwiſchenbeſcheiden auch über die Hauptſache ſelbſt, wenn der Appellat es verlangt, obgleich der Appellant contradicirt, geſprochen werden könne.“

Gönner referirt sodann die bejahenden Meinungen der Cameralschriftsteller, kann sich nicht genug wundern, wie so eine Meinung sich bis auf den heutigen Tag erhalten konnte, und bemerkt dann weiter:

1) Es klinge sonderbar, wenn Mynsinger [45]) und sogar Böhmer [46]) bei einer unbedingt (simpliciter) vom Unterrichter geschehenen Deferirung behaupten: daß der Oberrichter die ganze Sache an sich ziehen könne, weil der Unterrichter durch die Art, wie er der Appellation deferirte, seine ganze Gerichtsbarkeit in dieser Sache aufgegeben habe. Allein die Appellation sey Handlung der Parthei, nicht Handlung des Richters; wie wolle man ihre Rechtsfolgen aus den Handlungen des Richters bestimmen? — Der Appellant habe ein Recht auf die erste Instanz, so weit die Sache nicht durch die Appellation an den obern Richter devolvirt worden, welches ihm der Richter durch unbedingte Deferirung nicht entziehen könne, besonders da die Handlung, welche Mynsinger unterstelle, wo nämlich der Unterrichter einer frivolen Appellation deferirt, eine Unwissenheit oder Nachlässigkeit in sich fasse, und kein Gesetz die Rechte der Partheien von solchen richterlichen Handlungen abhängig machen könne! Der Richter könne durch Nichtdeferiren dem Appellaten seine Rechte nicht entziehen, und durch Deferiren dieses noch weniger thun [47]).

Es kann nicht die Absicht seyn, hier zu untersuchen, inwiefern ein Gesetz die Rechte der Partheien von richterlichen Handlungen abhängig machen könne. Bisher hat es noch kein Jurist bestritten, daß der Richter an Gesetze unbedingt gebunden sey, daß diese jedenfalls für seine Competenz Maaß und Ziel zu setzen Kraft haben, und da nun Mynsinger's Behauptung durch cap. 5. de appellat. in 6. 2, 15. klar unterstützt wird, so ist dadurch Gönner's Raisonnement jeden-

45) Centur. 2. obs. 4. Cent. 4. obs. 46.
46) De appellat. interp. renunciat. §. 22.
47) Gönner Handb. III. S. 398. f.

falls zur Genüge widerlegt. Darnach iſt auch zu würdigen, wenn Gönner weiter anführt, „nicht ein Geſetz, ſondern nur die ſonderbarſten Gründe, welche insgeſammt die Kritik nicht aushalten, führe man an, um eine Meinung zu vertheidigen, welche die Natur der Sache gegen ſich habe, und ſchon in dem einfachen Satze ihre Widerlegung finde: daß die Wirkung nicht größer ſeyn dürfe, als die Urſache."

2) Gönner fährt ſodann weiter fort: „Man muß von dem Rechte der erſten Inſtanz, als der vorzüglichſten, ſelbſt durch Reichsgeſetze [48]) geheiligten Maxime ausgehen, welche jedem ſtreitenden Theile Rechte verleiht, die ihm wider ſeinen Willen weder durch Handlungen ſeines Gegners noch durch Handlungen des Richters entzogen werden können. Als eine nothwendige Folge geht aber hieraus der Satz hervor, daß, wenn eine Sache durch Appellation der erſten Inſtanz entzogen wird, dieſe Wirkung genau nach dem Umfange der Urſache abgemeſſen werden muß, woraus es denn erhellt, daß der Appellat einſeitig wider den Willen ſeines Gegners dieſe Wirkung vergrößern, und die erſte Inſtanz in Anſehung eines Punktes übergehen kann, welcher durch den Zweck der Appellation dem Erkenntniß des Oberrichters nicht unterworfen iſt; denn ſobald man dieſes dem Appellanten nicht zugeſtehen kann, ſo iſt es dem Appellaten ſogleich abgeſprochen, weil die Rechte beider ſtreitenden Theile gleich ſind. Nur wechſelſeitige Einwilligung beider Partheien, welche auch ſtillſchweigend durch Einlaſſung auf die ſonſt nicht devolvirten Gegenſtände erklärt wird, kann, als Folge der darin liegenden Prorogation, einen ſolchen Gegenſtand bei dem Oberrichter ausnahmsweiſe anhängig machen [49])."

„Selbſt gegen den römiſchen Hof waren wir Deutſche doch endlich mit unſern Rechten näher bekannt, und unſere Nation muthiger geworden, um dieſer Allgewalt Gränzen zu

48) Wahlkap. Art. XVIII. §. 4.
49) Gönner a. a. O. S. 300. 301.

setzen, da wir auf der tridentinischen Kirchenversammlung [50]) auch gegen den Papst das Recht der ersten Instanz durch einen Schluß gesichert erhielten, weshalb nach der gegründeten Meinung angesehener Canonisten [51]) vom cap. 1. de appellat. in VI. in Deutschland weiter kein Gebrauch gemacht werden konnte [52])."

„Man muß wirklich annehmen, daß erst seit Errichtung der höchsten Reichsgerichte und der daraus geflossenen allgemeinen Verbesserung des Justizwesens in Deutschland, das Recht der ersten Instanz feierlich allgemein anerkannt, und mit seinen Folgen in allen Theilen des Verfahrens nach und nach so vollkommen ausgebildet wurde, daß diejenige Verordnung der fremden Rechte, welche eine Verletzung dieses Rechts enthält, durch den Geist dieser Reichsgrundgesetze für aufgehoben geachtet werden muß. Erhaltung des Rechts der ersten Instanz ist also allgemeine Maxime des gerichtlichen Verfahrens in allen seinen Theilen, der wir sogar den Satz verdanken, daß die Restitution keine Devolutivkraft habe. Auch die Wirkungen der Appellation müssen diesem höhern Gesetze untergeordet werden, und wenn nur die Appellation einen Rechtsstreit an den obern Richter bringt, so kann dessen Gerichtsbarkeit nicht weiter begründet, die erste Instanz nicht weiter umgangen werden, als der Zweck der Appellation forderte; alles gerichtliche Verfahren ist bedingt durch seinen Zweck, und von Rechtsmitteln kann nichts anderes gelten. War also der Gegenstand der Appellation nur ein simples Zwischenurtheil, so ist von der Hauptsache gar nichts an den Oberrichter devolvirt; hier muß demnach die Hauptsache an den Unterrichter zurückgewiesen werden, weil man sonst den Partheien in der Hauptsache die erste entzöge. Dieses erken-

50) Conc. Trid. Cap. 10. Sess. 24. de reform.

51) Conzalez Fellez Comment. ad C. 67. de appellat. num. 7. Tom. II. p. 890.

52) Gönner a. a. O. S. 300.

nen ſelbſt die höchſten Reichsgerichte, da ſie bei offenbar begründeten Beſchwerden über das Verfahren des Richters ſtatt der gebetenen Appellationsproceſſe die Sache mit einer Ordination, welche immer eine Art von abänderndem Erkenntniß iſt, an den Unterrichter ſo häufig zurückweiſen [53]."

Dieſe aus dem Rechte auf drei Inſtanzen hergeleitete Einwendung gibt dieſem Inſtitute eine Bedeutung, die es niemals gehabt. Es werden Eigenthümlichkeiten dieſes Inſtituts im Begriffe poſtulirt, deren Daſeyn ſich in keiner Weiſe darthun läßt.

Bekanntlich hat zwar weder das römiſche noch das canoniſche Recht ein Maximum oder Minimum von Inſtanzen feſtgeſetzt, ſondern nur verfügt, daß in derſelben Sache eine Parthei, welche ſchon zweimal provocirt habe, gegen die dritte gleichförmige Entſcheidung nicht abermals provociren ſollte [54]. Hierin lag mehr ein Streben, Appellationen zu beſchränken, als eine gewiſſe Zahl von Inſtanzen zu ſichern. Das Streben der ehemaligen deutſchen Reichsgeſetzgebung aber war nicht mehr darauf gerichtet, daß wenigſtens drei Inſtanzen, als darauf, daß in den einzelnen Ländern, wo nicht Privilegien (privilegia de non appellando) zu etwas Anderem führten, nicht mehr als zwei Inſtanzen ſtattfinden ſollten [55], damit die Reichsgerichte in dritter Inſtanz angegangen würden. Offenbar war dieſes ein Anſchließen an die Ideen des römiſchen und canoniſchen Rechts, und es lag in dem Zuſtande der damaligen Zeit, daß die, auf einen geregelten Gang der Juſtizverwaltung in den deutſchen Territorien achtende Reichsgewalt nach Umſtänden eben ſo ſehr darauf wachen mußte, daß nicht zu viel, als daß nicht zu wenig Inſtanzen aufkamen. Die ganze Art, wie von Seiten der Reichsgeſetzge-

53) Gönner a. a. O. S. 305. 306.

54) Linde Handb. des deutſch. gem. bürg. Proc. B. 4. §. 7. Heiſe und Cropp juriſt. Abhandl. B. 2. S. 181. f.

55) Gönner a. a. O. B. 3. Abh. 55.

bung und der Reichsgerichte dieses Verhältniß überwacht wurde, beweis't auch, wie man mehr darauf achtete, daß durch die Gerichtsorganisation im Allgemeinen die Möglichkeit des zweimaligen Instanzenzugs in den Territorien gegeben, und nicht bei Gelegenheit eines einzelnen Falles der Instanzenzug überhaupt gehemmt [56]), oder über Gebühr erweitert würde, als darauf, daß gerade der Grundsatz hätte zur Ausführung gebracht werden sollen, wornach in jedem Falle es rechtlich feststehe, daß das Urtheil in der Hauptsache einer dreimaligen Prüfung unterworfen werden könne. Man darf fast sagen: das Streben der Reichsgesetzgebung war darauf gerichtet, der Gerichtsorganisation in Bezug auf das Instanzenverhältniß eine solche Ausbildung zu geben, wodurch die, allerdings sich als Regel darstellende, Richtung des römischen und canonischen Rechts, die Möglichkeit zweimaliger Provocation zur Ausführung gebracht werden könnte. Nirgends finden wir in der Reichsgesetzgebung auch nur die entfernteste Andeutung, woraus der kathegorische Imperativ abgeleitet werden könnte: es müßte in jedem einzelnen Falle die Hauptsache, auf Begehren einer Parthei nothwendig dreimal von verschiedenen Richtern abgeurtheilt werden. Auch beweisen die, nicht blos im römischen und canonischen, sondern auch im Reichsrechte vorkommenden Beschränkungen der Appellation [57]), daß man eine solche Ansicht bei keiner Gelegenheit auffaßte. Denn, wie hätte man gerade in Deutschland eine Appellationssumme, oder den Grundsatz der Inappellabilität von zwei conformen Entscheidungen aufstellen können [58]), wenn man drei Instanzen in dem Sinne Gönner's für nothwendig geachtet hätte.

---

56) So weis't noch der D. A. von 1600 §. 15. die Reichsstände an, daß sie den Landesgerichten eine, der C. G. O. v. 1555 gemäße, Ordnung geben sollten, und weder diese noch andere Bestimmungen des D. A. von 1600 rechtfertigen Gönner's Ansicht. S. S. 180. N. 60.

57) Linde Handb. des deutsch. gem. bürgerl. Proc. B. 4. §.

58) Heise und Cropp a. a. O. S. 189. f.

Iſt dieſe Anſicht richtig, ſo kann man nicht mit Gönner ſagen: „daß diejenigen Verordnungen des römiſchen und canoniſchen Rechts, welche eine Verletzung des Rechts auf drei Inſtanzen (in der Bedeutung, die Gönner dieſem Rechte gibt) enthalten, durch den Geiſt der Reichsgrundgeſetze für aufgehoben erachtet werden müſſen [59];“ ſondern man muß gerade umgekehrt den Satz aufſtellen: „die Bedeutung und der Umfang des Rechts auf drei Inſtanzen muß aus den Beſtimmungen der geſammten Quellen des deutſchen gemeinen Proceßrechts über die Zuläſſigkeit und Beſchränkung der Appellation, und über die Dauer und den Umfang des Devolutiveffects beſtimmt werden.“ Das Recht auf drei Inſtanzen beſchränkt alſo nicht andere Rechtsinſtitute rückſichtlich derjenigen Beſtimmungen, welche der möglichſt folgerechten und umfaſſenden Ausbildung eines dreifachen Inſtanzenzugs widerſprechen, ſondern dieſes Inſtitut der drei Inſtanzen beſteht ſeinem Begriffe nach nur mit denjenigen Beſchränkungen und Modificationen, welche aus andern Rechtsinſtituten folgen, und durch poſitive Geſetze anerkannt ſind [60]. Nach Gön-

---

59) Gönner a. a. O. S. 305. §. 35.

60) Um die Richtigkeit dieſer Anſichten hiſtoriſch nachzuweiſen, bedürfte es einer die Gränzen dieſes Aufſatzes zu ſehr überſchreitenden Ausführung. Man findet das hinlängliche Material dazu in Gönner's 55r Abhandl. im 3. Bande des Handb. über gem. Proceß, und in Schick über das reichsſtändiſche Inſtanzenrecht. Gießen 1802. Nur darauf will ich noch aufmerkſam machen, daß in demſelben Deputationsabſchiede v. 1600, worin §. 15. ſo nachdrücklich darauf gedrungen wird, daß in den Churfürſtenthümern, Fürſtenthümern u. ſ. w. die Unter-, Ober- und Hofgerichte eingerichtet, und mit tüchtigen Richtern beſetzt werden ſollten, daneben doch zugleich im §. 27. verordnet wird: „Ob auch promotoriales cum effectu devolutivo cauſae principalis, ohne Unterſcheid, es ſey gleich die ſach coram Judice inferiori anhängig gemacht, darinn lis conteſtirt, oder auch definitive concludirt, oder nicht, an unſerm Kayſ. Cammergericht zu erkennen, alſo daß, wann, inner-

ner's Theorie müßten alle Beschränkungen der Appellationen als durch den Geist jenes Instanzenrechts aufgehoben betrachtet werden, eine Folge, an welche dieser Gelehrte selbst gewiß nicht glaubte. Es hätte aber auch Gönner schon bedenklich machen sollen, daß kein Schriftsteller vor ihm darauf aufmerksam gemacht hätte, wie jenes Instanzenrecht mit Consequenz durchgeführt werden müsse, denn daraus allein schon konnte er sich überzeugen, daß seine Ansicht, von welcher die Gesetze ohnehin nichts wissen, auch nicht, weder in der Wissenschaft aufgestellt, noch in der Anwendung in Uebung war.

Durch den Art. 12. der deutschen Bundesacte ist bestimmter, als durch irgend ein früheres Gesetz, die Nothwendigkeit von drei Instanzen unbedingt ausgesprochen; aber auch diese Bestimmung hat man wieder nicht so verstanden, als wenn daneben nicht alle Beschränkungen, welche das römische, canonische und überhaupt sowohl das deutsche gemeine als particulare Proceßrecht aufstellen, gültig bleiben, oder nicht neue Beschränkungen aufgestellt werden könnten [6]). Gönner selbst muß später hierin seine Grundsätze gewechselt haben, denn die §§. 18—20 des von ihm herrührenden baierischen Gesetzes v. 22. Juli 1819, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend, vertragen sich nicht mit seiner früheren exorbitanten Ansicht über das Instanzenrecht.

---

halb der in den promotorialibus bestimmter Zeit dem Supplikanten zu Recht nicht verholfen wird, alsdann die Hauptsach alsobaldt, in dem stand dieselbe befunden, angenommen, und erörtert mögen und sollen werden .... setzen, ordnen, und wöllen wir, daß ..... alsdann die Hauptsach in dem standt sie befunden, ad Cameram devolvirt und erwachsen, und daselbsten gebührender massen verfaren werden soll und möchte;" — woraus doch wohl ohne Widerrede hervorgeht, daß man das Recht auf drei Instanzen nicht in dem Umfange reichsgrundgesetzlich zur Anwendung zu bringen beabsichtigte, wie Gönner annimmt.

61) S. darüber Protokolle der deutschen Bundesversamml. Bd. 13. S. 178—182. Linde Handb. B. 4. §. 8.

Abgesehen von der irrigen Ansicht Gönner's über die Bedeutung des Instanzenrechts, hat er in der versuchten Begründung, daß durch eine Appellation von einem Zwischenurtheile niemals der höhere Richter für die Hauptsache competent werden könne, auch den Fehler in der Schlußbildung begangen, daß er in dem Vordersatze sehr richtig den Umfang der Gerichtsbarkeit des Oberrichters durch den Zweck der Appellation begränzt; dann aber plötzlich Zweck und Gegenstand mit einander verwechselt, und durch den Gegenstand der Appellation den Umfang der Wirksamkeit des Oberrichters bestimmt wissen will [62]).

Gönner stellt einen durchaus richtigen Satz auf, wenn er sagt: „Nehme man nur den einzigen Fall: der Unterrichter habe durch Interlocut seine Gerichtsbarkeit für begründet erklärt, und der Oberrichter fände diese nicht gegründet; wer würde die ganze erste Instanz für umgangen erklären, und eine Meinung unterschreiben, welche beiden Theilen, sogar dem Appellanten, das Recht der ersten Instanz abschnitte, und dem dritten Richter wegen eines beschwerenden Urtheils eines andern Gerichtshofs seine Gerichtsbarkeit schmälerte? [63])"

Allein auch hier hat Gönner keinen passenden Fall gewählt, denn das Erkenntniß, worin ein Gericht sich für eine Sache competent erklärt, ist als ein selbstständiges Urtheil anzusehen, was mit dem materiellen Bestande der rechtsanhängig zu machenden Streitsache begreiflich in keiner Berührung steht. Wenn der Oberrichter nun erklärt, daß ein Untergericht für eine specielle Sache nicht competent sey, so hat hiermit dieser vorbereitende Proceß sein Ende, und dieses besteht dann gerade in der rechtskräftigen Entscheidung, daß die Hauptsache bei dem zuständigen Gerichte noch nicht anhängig gemacht sey. Der Oberrichter hat nicht die entfernteste Veranlassung,

62) S. hierüber Waldeck Controversen-Entscheidungen des Appellationsgerichts zu Wolfenbüttel. Braunschw. 1827. S. 307. f.

63) Gönner a. a. O. S. 305.

die ganze Sache an sich zu ziehen. Daß die Gesetze je so etwas angedeutet, hat Gönner nicht behauptet; der §. 40. des jüngsten Reichsabschiedes beweis't aber auch klar, daß die Reichsgesetzgebung solche Consequenzen, wie sie Gönner zieht, nicht kannte.

Längst standen in Deutschland in Theorie und Praxis die Grundsätze über Bedeutung und Umfang des Rechts auf drei Instanzen fest, als Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis das System über Zwischenappellationen in der Richtung ausbildeten, wie dieses oben angedeutet ist. Die Grundsätze des canonischen Rechts über die Wirkungen reformatorischer Urtheile, sowohl bei Appellation *ante* als *post* definitivam sententiam waren bekannt und überall in Uebung, wie durch alle Cameralschriftsteller bewiesen wird, und nirgends erklärt sich ein Reichsgesetz gegen den Rechtsbestand dieser Praxis. Wie kann man bei solcher Lage der Sache nun Unanwendbarkeit des canonischen Rechts behaupten? Daß auch die Particulargesetze zu allen Zeiten und bis auf den heutigen Tag im Wesentlichen von gleichen Grundsätzen ausgegangen sind, soll später nachgewiesen werden.

Wie sehr der um den Proceß gewiß hochverdiente Gönner oft die positiven Proceßrechte unberücksichtigt läßt, beweis't er in dieser Lehre wieder dadurch, daß er wörtlich sagt: „einverstanden bin ich damit, daß bei einem bestätigenden Erkenntisse die Sache an den Unterrichter zurückgewiesen werden muß, ohne daß der Oberrichter nach seiner Willkühr in dieser Zurückweisung handeln könnte; Vernunftgründe und positives Recht (Cap. 59. X. de appellat.) verordnen es, und wer mögte an deren Stelle Willkühr setzen?" — denn, wenn er hiebei an die Bestimmung der C. G. O. von 1555 III. 50. §. 5. gedacht, so würde er mit seiner eigenen Behauptung sich im Gebiete der Willkühr gefunden haben.

Auffallend erscheint jedenfalls das Streben der neueren

Proceſſualiſten, das Recht der drei Inſtanzen in dem von Gönner vertheidigten Umfange zur Anwendung zu bringen. Erklären läßt ſich dieſes freilich zum Theil auch daraus, daß man mit Rückſicht auf die Unſumme von Zwiſchenappellationen, die bei allen Gerichten vorkommen, bald die Ueberzeugung gewinnen mußte, daß nach dem Grundſatze, wornach bei reformatoriſcher Entſcheidung über ein Zwiſchenurtheil die ganze Sache bei dem Oberrichter bleiben ſollte, der größte Theil der Proceſſe vor der Erlaſſung des Endurtheils durch das Untergericht zum höhern Richter übergehen, und von dieſem nun fortbehandelt und definitiv zuerſt abgeurtheilt werden müßte, wodurch freilich die höhern Gerichte einen bedeutenden Zuwachs an Arbeit erhalten, und die Aburtheilung des Unterrichters in Bezug auf dasjenige, was Gegenſtand der Beurtheilung des Endurtheils iſt, vereitelt würde. Allein dieſe Erſcheinungen können in einem, der Abſicht der Geſetze widerſtreitenden Uebermaaße nur dann vorkommen, wenn man bei den Gerichten ſich nicht an die Beſtimmungen der Theorie über die Zuläſſigkeit von Zwiſchenappellationen hält. Daß dieſes nicht der Fall iſt, weiß der Verfaſſer nur zu gut, kann ſich aber auch nicht von der Ueberzeugung losſagen, daß hierin der Hauptgrund der Proceßverzögerungen, ſo wie der Ueberlaſtung der Obergerichte, liegt. Kommt zu dieſem gränzenloſen Appellationsmißbrauch nur noch ein eben ſo gränzenloſes Remittiren der Sachen zur vorigen Inſtanz, ſo kann kein Sachkenner ſich darüber wundern, wenn die Gerichte von der Maſſe der Proceſſe erdrückt werden, und die Partheien über unerſchwingliche Proceßkoſten, und Verſchleppung der Proceſſe klagen. Man braucht nur, aus der Erfahrung referirend, zu bemerken, daß es durch jenen Unfug der Zwiſchenappellationen und Remiſſionen täglich vorkommt, daß in einer Proceßſache im Verlaufe von wenigen Jahren acht bis zehn Inſtanzenzüge, alſo vier und zwanzig bis dreißig Entſcheidungen erfolgen können, ohne daß es noch viel weiter

in der Verhandlung als bis zur Einlassung gekommen ist [64]). Solche Theorien führen, wie Waldeck sich ausdrückt, dahin, daß das Recht im Processe sein Grab findet.

Auch gefährdet eine solche Theorie die Selbstständigkeit und achtungswürdige Stellung der Gerichte in einem hohen Grade. Sehr wahr sagt in dieser Beziehung Waldeck: „Verschleppung und Vertheuerung der Justiz ist zwar der Haupttadel dieser Praxis, es ist aber nicht der einzige, denn gewöhnlich bewirkt sie zugleich einen Gewissenszwang des vorigen Richters. Dies ist immer der Fall, wenn der Unterrichter die Ansichten des reformirenden Oberrichters sich nicht aneignen kann, oder wenn durch das reformatorische Interlocut nicht zugleich die Hauptentscheidung bedingt, oder sententia definitiva conditionata ausgesprochen, mithin dem eigenen Urtheile des Unterrichters irgend ein freier Spielraum gelassen ist. Er muß alsdann, seinem Amtseide gemäß, nach seiner eigenen Ueberzeugung erkennen, wenn er gleich vorhersiehet, daß das Obergericht die Entscheidung mißbilligen werde .... Kommt nun zu jener unseligen Remissionsmaxime noch der übertriebene Begriff vom Rechte der ersten Instanz hinzu, wornach der Oberrichter über keinen relevanten Angriffs- oder Vertheidigungspunkt zuerst erkennen will, und aus dieser Ansicht den Unterrichter nöthigt, über von demselben übersehene, oder wohl gar über, vom Unterrichter als irrelevant bei Seite gesetzte, Er-

64) Waldeck theilt in den Controversen-Entscheidungen einen Fall mit, in welchem binnen 7 Jahren acht vollständige Instanzenzüge, also 24 Instanzen und eben so viele Urtheile erfolgten, wo in der achten Oberappellation wieder ein reformatorisches Zwischenurtheil mit Actenremission erfolgte, und wozu er bemerkt: „Daß seit diesem letzten Interlocute und bis jetzt nicht schon die neunte, zehnte u. s. w. Oberappellation eingekommen ist, davon liegt der Grund in der durch den Proceß herbeigeführten Verarmung einer Parthei, die keinen Sachführer mehr belohnen kann, und sich um die jura pauperum bewirbt."

ceptionen, Repliken u. ſ. w. mit ſeinem Urtheile vorauszugehen; ſo werden dadurch die reformatoriſchen Interlocute und mit ihnen die Krebsgänge in der Rechtsſprechung noch unſäglich vervielfältigt. Eine ſehr excentriſche Idee vom Rechte der erſten Inſtanz, bringt den Oberrichter dahin, nicht blos ein angefochtenes Urtheil in ſeinem deciſiven Theile ins Auge zu faſſen, ſondern auch in den Entſcheidungsgründen nachzuforſchen, ob auch dem Urtheile eine die ganzen Angriffs- und Vertheidigungsſyſteme umfaſſende Prüfung zum Grunde liege. Der Oberrichter mag eine Sache zur Final-Entſcheidung reif finden, ſo hält er ſie dennoch zurück, und begnügt ſich mit einer bloßen Suſpenſion eines angefochtenen Urtheils und der Anweiſung des Unterrichters, z. B. „da eine (genannte) Replik nicht irrelevant ſey, wie der Unterrichter geglaubt habe; ſo habe ſich derſelbe anvorderſt noch über ſolche Replik auszuſprechen“ [65]).

65) Eine ſolche Entſcheidung gab das Oberappellationsgericht zu Wolfenbüttel, im Jahre 1826. Aus den Entſcheidungsgründen des unterrichterlichen Erkenntniſſes ergab ſich, daß der Richter einen Replikbeweis für irrelevant gehalten, und daher denſelben keiner Prüfung unterworfen hatte. Das Oberappellationsgericht fand den Replikbeweis relevant: ſtatt aber ſelbſt darüber zu erkennen, wurde vielmehr dem Unterrichter aufgegeben, auch den Replikbeweis zu prüfen, und ſomit ſein richterliches Urtheil zu vervollſtändigen. So mußte alſo nunmehr der Unterrichter, ſeiner definitiven Entſcheidung ungeachtet, nochmals entſcheiden! (Wie vertrug ſich dieſer Befehl des O. A. G. mit **Fr. 55. de re jud. 42, 1. Fr. 14. et 62. eod.**?) Es kann keine vollſtändigere Entſcheidung gedacht werden, als eine abſolut definitive: an der obigen Entſcheidung war daher nichts zu vervollſtändigen: und das O. A. G. hat daher nicht die Entſcheidung, ſondern die Entſcheidungsgründe zu Gegenſtänden ſeiner Beurtheilung gemacht. Wie würde das O. A. G. ſo haben urtheilen können: wenn der Unterrichter ſeine Meinung über jenen Replikbeweis in den Entſcheidungsgründen nicht ausgedrückt, oder wenn er gar keine Entſcheidungsgründe gegeben hatte! — In einem andern Falle hatten die Gerichte erſter und zweiter

Ein solches Urtheil hat nicht die Eigenschaften eines Urtheils eines Appellationsrichters, denn es setzt kein Urtheil an die Stelle eines wirkungslos gemachten Urtheils — es suspendirt oder cassirt nur, und übt zugleich jenen Gewissenszwang auf den Unterrichter aus [66]).

Richtige Grundsätze befolgt in der Lehre Lauk [67]) mit Darlegung eines Falles. Der Kläger hatte im Executivprocesse ein Darlehn eingeklagt; der Beklagte aber die exceptio non rite formati processus entgegengesetzt, eventualiter die Handschrift anerkannt, und mehrere peremtorische Einreden vorgebracht. Nach geschlossener Sache war der Beklagte, auf den Grund der exceptio non rite formati processus von der Instanz absolvirt.

Gegen diese Entscheidung führte Kläger Beschwerde bei der höhern Instanz. Das höhere Gericht erkannte an, daß die exceptio non rite formati processus ungegründet, und die unterrichterliche Sentenz insoweit zu reformiren sey; zugleich aber erkannte nun auch das Obergericht über den Gehalt der in erster Instanz eventuell vorgebrachten peremtorischen Einreden, davon ausgehend, daß hierin kein Entziehen der ersten Instanz liege, und es Pflicht des Appellationsrichters sey, sobald er die Entscheidung des Unterrichters reformire, nun auch eine andere Entscheidung, die dem thatsächlichen Inhalte der

---

Instanz den Kläger definitiv abgewiesen. Das O. A. G. fand aber den Punkt der legitimatio ad causam des Klägers nicht in gehöriger Ordnung. Statt nun selbst auf diesen Punkt einzugehen, und sodann in der Hauptsache zu erkennen, wurde vielmehr — mit bloßer einstweiliger Suspension der angefochtenen Urtheile — dem Richter erster Instanz das Erkenntniß über jenen Punkt aufgegeben. S. Waldeck a. a. O. S. 317. 319.

66) Waldeck Controversen-Entscheidungen. S. 316. ff.

67) Lauk Observationes forenses circa quaedam processus civilis capita. Wirceb. 1817. Obs. III. p. 35. seq.

Acten und dem Rechte gemäß ſey, an die Stelle ſetzen müſſe [68]).

(Fortſetzung folgt.)

68) „Quod contra id affertur argumentum, reum jure primae instantiae privari, nullius mihi videtur esse momenti, cum in prima instantia causae cognitio facta sit, et appellationis effectu devolutivo id efficiatur, ut de omni connexo causae momento in judicio superiori sit cognoscendum.“ Lauk l. c. pag. 39.

IX.

Ueber die Frage:

Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?

(Schluß des Aufſatzes Nro. VI. im vorigen Hefte.)

Von C. G. Wächter.

V.

Die Grundſätze über Periculum bei zweiſeitigen auf Sachleiſtung gerichteten Obligationen bilden, wie ſchon im Eingange dieſer Abhandlung [1]) bemerkt wurde, den Punkt, der in der vorliegenden Materie am meiſten beſtritten iſt.

1) Beim Abdrucke des erſten Theils der Abhandlung haben ſich ſehr viele Druckfehler eingeſchlichen. Die meiſten wird der Leſer ſelbſt zu berichtigen wiſſen, beſonders die bei den abgedruckten Quellenſtellen. Ich bemerke hier nur folgende ſinnentſtellende: S. 29 Z. 15 iſt „wenn“ zu ſtreichen; und Z. 17 nach „in der Regel“ beizufügen „aber“. S. 100 Z. 5 von unten l. ad gustum. S. 101 in der Note Z. 2 l. *fere* p. fert. S. 103 Z. 10. l. Erſatz ſt. Erfolg. S. 104 Z. 3. l. nach „Verzuge“ war. S. 108 Z. 3 v. u. möchte